



## A judicialização da saúde e o Conselho Nacional de Justiça

**Autor: Clenio Jair Schulze**

Juiz Federal

publicado em 28.02.2014

 [enviar este artigo]

 [imprimir]

### Resumo

Aborda a evolução da posição do Poder Judiciário sobre a concretização do direito fundamental à saúde e analisa a atuação e as iniciativas do Conselho Nacional de Justiça em relação à judicialização da saúde.

**Palavras-chave:** Judicialização da saúde. Diálogos institucionais. Conselho Nacional de Justiça.

**Sumário:** Introdução. 1 O cenário jurídico dos direitos fundamentais sociais. 2 A concretização judicial do direito fundamental à saúde. 3 A atuação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. 4 Iniciativas criadas por orientação do Fórum da Saúde do CNJ. 4.1 Núcleo de Apoio Técnico – NAT ou Câmaras Técnicas. 4.2 Elaboração de enunciados. 4.3 Elaboração de cartilhas. 4.4 Especialização de varas de saúde pública. Considerações finais. Referências bibliográficas.

### Introdução

A judicialização da saúde decorre do **déficit de democracia** pelo qual passa o Estado brasileiro, transferindo-se o *locus* do debate dos Poderes responsáveis pela criação e execução de políticas públicas (Legislativo e Executivo) para a autoridade judiciária.

A recente ascensão institucional do Poder Judiciário brasileiro é a marca de um modelo de omissões estatais no cumprimento das promessas da modernidade estampadas no texto da Constituição.

Hoje, existem em tramitação no Judiciário brasileiro quase cem milhões de processos. Significa que há, em média, um processo para cada dois habitantes. Essa é a real fotografia da crise do Estado (**pós**) social.

Nesse contexto, pretende-se abordar a temática dos direitos fundamentais sociais, com ênfase na concretização na via judicial do direito fundamental à saúde, bem como analisar a atuação do Conselho Nacional de Justiça e as iniciativas criadas por orientação do Fórum da Saúde do CNJ.

### 1 O cenário jurídico dos direitos fundamentais sociais

Durante muito tempo, os direitos fundamentais sociais deixaram de ser efetivados ao argumento de que configuram meras normas programáticas e, por isso, o Estado não estaria vinculado à sua observância.

Entendia-se, assim, que a Constituição enunciava um programa de ação, uma política pública, e que o destinatário da norma constitucional – geralmente os Poderes Legislativo e Executivo – teria apenas a **faculdade** de efetivar os direitos fundamentais sociais.

O Judiciário, igualmente, chancelava tal posição, entendendo que não poderia ingressar no mérito da decisão administrativa, porquanto estava protegida pela

cláusula da discricionariedade. Atuava, assim, em **deferência** e em **respeito** aos demais Poderes da República Federativa do Brasil.

Esse foi o cenário adotado até o período anterior à última década.

A submissão da autoridade judiciária às decisões proferidas – ou omitidas – pelos demais agentes públicos chegou ao limite a partir da adoção de uma postura mais proativa e materializadora dos direitos fundamentais.

O Estado-Juiz deixou de compreender o texto da Constituição como um documento estático, passando a interpretá-lo a partir da gênese da teoria dos direitos fundamentais sociais e com base na leitura que preconiza a força normativa da Constituição. Os valores constitucionais plasmados na dignidade da pessoa humana, na fundamentalidade, na universalidade, na inalienabilidade, na historicidade e na aplicabilidade imediata dos direitos ensejaram a mudança de perspectiva.

Iniciou-se uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação do Legislativo e do Executivo.

A transição da inefetividade para a efetividade dos direitos fundamentais também decorreu do amadurecimento da sociedade brasileira, que deixou a passividade para assumir ativamente a responsabilidade de discutir seus direitos e se proteger de ilegalidades historicamente praticadas nas relações com o Estado – na perspectiva tributária, administrativa, previdenciária – e nas relações entre os próprios particulares – direito de vizinhança, direito de propriedade, etc.

Fez-se, assim, uma leitura adequada do princípio da universalidade de Jurisdição estampado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, que se tornou fundamento para a judicialização ilimitada das questões sociais e políticas travadas no Estado brasileiro.

Tudo isso se dá em razão da legitimidade institucional do Poder Judiciário, presente nos artigos 2º, 92 a 126 e, especialmente, 102 (que legitima o controle de constitucionalidade), todos da Constituição. No plano infraconstitucional, merece destaque o princípio da indeclinabilidade (artigo 126 do CPC), que não dispensa o magistrado da análise das questões judiciais a ele submetidas.

A verdade é que o Judiciário é destinatário de todas as normas constitucionais, que norteiam e servem de parâmetro à sua atuação. Deve, portanto, cumprir as normas de direitos fundamentais, com necessidade de observância dos objetivos do Estado brasileiro – artigo 3º da Constituição.

Tudo isso é suficiente para permitir a atuação do Judiciário em prol da observância ao texto da Constituição (dirigente, programático e que orienta para o progresso da sociedade brasileira).

O Brasil é exemplo de modernidade tardia, em que os direitos demoraram a chegar e, essencialmente, a concretizar as políticas fixadas na Constituição. Por isso a **viragem** institucional do Judiciário no trato das questões relacionadas a direitos fundamentais.

Importante decisão que passou a balizar a atuação do Poder Judiciário foi a proferida pelo Ministro Celso de Melo na ADPF 45, em que se estabeleceram alguns fundamentos e parâmetros para a atuação do Estado-Juiz no controle das omissões relacionadas a direitos fundamentais sociais e políticas públicas. Nessa decisão, assentou-se que os direitos sociais não podem tornar-se promessas inconsequentes, cabendo ao Judiciário o controle das omissões para a implementação da pretensão estatal fixada na Constituição.(1)

## **2 A concretização judicial do direito fundamental à saúde**

Faz algum tempo que o Poder Judiciário tem examinado pedidos para condenar o Estado (União, Estados e Municípios) a fornecer medicamentos, tratamentos e terapias sob a alegação de que a Constituição da República estabeleceu que a saúde é direito fundamental a ser perseguido e implementado, conforme previsão dos artigos 6º e 196.

É verdade que não cabe ao órgão jurisdicional a definição e a criação de políticas públicas de saúde, podendo determinar o cumprimento das medidas já fixadas pela administração em geral, aceitas pela sociedade e, essencialmente, contempladas no corpo da Constituição.

Quando demandados, os entes públicos trazem em suas defesas a alegação da possível violação ao princípio da separação dos poderes e da reserva do possível como elementos impeditivos ao deferimento da pretensão veiculada judicialmente. De outro lado, o autor da ação também afirma que o tratamento e o uso do remédio decorrem do direito à vida, da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.

Cabe ao magistrado, quando incitado, verificar se há abusividade negativa decorrente da inércia na implementação do direito à saúde, já que existe o dever estatal de estabelecer um *standard* mínimo a fim de satisfazer as normas constitucionais. Nesse contexto, na ação em que se postula o fornecimento de medicamento, tratamento ou terapia, exige-se do juiz a verificação do cumprimento daquele padrão mínimo, que preconiza a preservação da vida humana.

Não se pode esquecer que os direitos sociais previstos na Constituição, nas palavras de Clémerson Merlin Cléve, são

“direitos de satisfação progressiva, cuja realização encontra-se estreitamente ligada ao PIB (Produto Interno Bruto) e, portanto, à riqueza do país. [...] Isso não significa dizer que possam ser considerados como meras normas de eficácia diferida, programática, limitada. Certamente não. São direitos que produzem, pelo simples reconhecimento constitucional, uma eficácia mínima. [...] Ora, referidos direitos criam, desde logo, também, posições jurídico-subjetivas positivas de vantagem (embora limitadas).”(2)

Em verdade, a despeito da sua previsão, o texto constitucional não estabelece um rol de prioridades no cumprimento dos direitos fundamentais sociais, razão pela qual a definição e a implementação de políticas públicas ensejam uma **escolha trágica**, já que a opção por uma levará, em princípio, ao prejuízo de outra política também contemplada constitucionalmente, ante a inexorável limitação fática e orçamentária.(3)

Nesse contexto, é preciso assentar, “há alguns autores que avançam hoje a ideia de uma ‘nova subsidiariedade’ no campo da política de realização de direitos sociais, de ‘autoajuda e auto-organização’ no domínio da política de saúde”.(4) Ou seja, preconiza-se a transferência aos particulares da realização de determinadas políticas públicas, a fim de reduzir o espaço de atuação do Estado.(5)

Nessa linha de entendimento, a atuação estatal seria subsidiária ou supletiva, e somente poderia existir condenação à entrega coativa de medicamentos quando o interessado não pudesse adquirir extrajudicialmente o remédio, por meios próprios, ou por intermédio de familiares. Ou seja, a Constituição, nessa perspectiva, também materializa o princípio da solidariedade, traduzido no objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, I) ou na regra estampada no artigo 229, ao mencionar que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”, valendo tal assertiva, obviamente, para o âmbito assistencial e da saúde.

Embora não se possa adotar tal posição, é necessário mencionar que o direito fundamental à saúde, nos termos dos artigos 6º e 196 da Constituição da República, somente pode ser exigido na seara judicial por quem comprovar a necessidade do auxílio, por encontrar-se em situação de hipossuficiência financeira (observada a proporção do tratamento pretendido).

Sobre o tema, vale transcrever o pensamento de George Marmelstein:

“Existe uma corrente doutrinária e jurisprudencial, a meu ver correta, que defende que somente aquelas pessoas em desvantagem social poderão exigir do Estado a prestação dos serviços que decorrem dos direitos econômicos, sociais e

culturais (saúde, educação, moradia, alimentação etc.). Nesse sentido, Paul Singer chega a defender que os direitos sociais são direitos condicionais: vigem apenas para quem depende deles para ter acesso à parcela da renda social, condição muitas vezes fundamental para sua sobrevivência física e social – e, portanto, para o exercício dos demais direitos.

Na verdade, todas as pessoas podem ser titulares dos direitos sociais. No entanto, o Estado somente pode ser obrigado a disponibilizar os serviços de saúde, educação, assistência social etc. para aqueles que não têm acesso a esses direitos por conta própria. Desse modo, apenas as pessoas que não podem pagar pelos serviços de saúde, de educação etc. podem, em dadas circunstâncias, exigir judicialmente o cumprimento da norma constitucional.”(6)

No mesmo sentido é o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, ao mencionar que não há gratuidade à saúde e que entendimento contrário implicaria em desconsiderar equivocadamente o princípio da subsidiariedade:

“(inclusive no sentido de uma corresponsabilidade do indivíduo) e da necessidade de assegurar o máximo em prestações sociais ao máximo de pessoas, evitando, além disso, excluir – desnecessariamente – pessoas efetivamente carentes, impossibilitadas mesmo de contribuir para a manutenção de um plano de saúde privado, em detrimento de pessoas capazes de suprir, por seus próprios meios e de modo proporcional, suas necessidades, ainda que contribuam mediante o pagamento de impostos para o financiamento do sistema de saúde.”(7)

Tal conclusão também advém da necessidade, cada vez mais crescente, de controlar os dispêndios públicos, lembrando-se, ainda, que os direitos não nascem em árvores, tal qual afirma Flávio Galdino.(8)

Esse posicionamento também não colide com o princípio da vedação do retrocesso (ou efeito *cliquet*), pelo contrário, aperfeiçoa-o, permitindo evitar a chamada evolução regressiva nos institutos jurídicos, conforme alusão de Giorgio Del Vecchio.(9)

A atual jurisprudência do STF tutela o direito fundamental à saúde pela via judicial, desde que demonstrada a hipossuficiência do demandante.(10)

A judicialização da saúde relativa a medicamentos tem por base duas hipóteses. A primeira delas é aquela na qual o fármaco tem previsão na lista do SUS – Rename(11) –, mas não está disponível ou não foi dispensado administrativamente pelo ente público. Aqui, tem-se um problema de gestão – e não jurídico –, razão pela qual é muito alto o índice de sucesso nas demandas dessa natureza. Esse é o nítido exemplo de questão que deveria ser resolvida no plano extrajudicial, sem a judicialização.

A outra hipótese – e esta é a causa de maiores discussões – diz respeito a postulações de medicamentos, terapias ou tratamentos não previstos em lista e dos quais não há previsão legal à concessão pelo administrador. Trata-se, assim, de situação cuja atuação do Judiciário é indispensável à solução do conflito de interesses.

Nestes casos, para a prolatação de decisão, o juiz deve ser criterioso e deve observar alguns pressupostos, materializados, por exemplo, na essencialidade do tratamento ou do medicamento, que deve ser essencial ao destinatário e indispensável para a manutenção da sua vida. O fármaco também não pode estar em fase experimental, ter eficácia duvidosa ou destinar-se a uso em terapia alternativa não comprovada. É preciso, ainda, optar pelo medicamento genérico ou correlato, de menor valor, de eficácia semelhante ou de princípio ativo já fornecido pelo SUS.

Tais exigências, não exaustivas, devem ficar robustamente demonstradas para a obtenção de decisão judicialmente favorável.

O juiz pode exigir prova pericial para a comprovação dos pressupostos acima apresentados, ressalvada a hipótese de prova documental suficiente à demonstração da pretensão, ou de análise do pleito por Câmara Técnica ou Núcleo de Apoio Técnico – NAT. Vale ressaltar, ainda, que o juiz não pode ficar

refém da posição isolada de um médico e reconhecer procedência de pretensão com base apenas em atestado ou mera requisição médica. Tal postura macula a cláusula de inafastabilidade do controle jurisdicional (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição), que outorga à autoridade judiciária o dever-poder de proferir uma decisão com eficácia vinculativa plena (coisa julgada), exigindo, por isso, a cognição exauriente plena sobre o tema.

Na hipótese de procedência do pedido, é importante a fixação de parâmetros do cumprimento da decisão judicial, pois, em princípio, caberia ao próprio agente do órgão fornecedor ou, em especial, ao médico vinculado ao SUS promover, regular e periodicamente, uma consulta para análise do real estado de saúde do paciente, a fim de constatar, no transcurso de certo espaço de tempo, se ainda persistem os sintomas que ensejam o uso da medicação cuja entrega foi determinada judicialmente.

Ou seja, os profissionais médicos do SUS também serão responsáveis pela execução da sentença, devendo, com base nos postulados fixados na medicina, avaliar regularmente e com razoabilidade o quadro clínico do paciente.

Em resumo, a alteração do tratamento deve ser comprovada, de forma robusta, por ordem fundamentada de profissional da área médica.

Esse, portanto, é o panorama jurídico que se apresenta sobre a judicialização da saúde pública.

É preciso mencionar, ainda, que o Estado deve (i) manter sistema de compras eficiente; (ii) conhecer as realidades, pois cada região é caracterizada por doenças distintas e o gestor precisa se ajustar a isso; (iii) realizar o controle de vencimento dos fármacos, muitas vezes inutilizados em razão de expiração do prazo de validade.

Por fim, é importante deixar assentado que doutrina e jurisprudência sufragaram o entendimento da inexistência de direitos absolutos no sistema jurídico.(12) Assim, as diretrizes fixadas nos artigos 6º e 196 da Constituição da República não conferem ao cidadão o direito ilimitado de postular o recebimento de medicamento na via judicial, pois o dever estatal somente se estabelece diante da comprovação específica da eficiência, da eficácia e da custo-efetividade do tratamento.

Esta noção precisa ser concretizada, diante da perspectiva de que os recursos orçamentários são limitados. A cláusula da reserva do possível não pode, de outro lado, ser invocada indiscriminadamente para obstar a efetivação do direito fundamental à saúde, observando-se as balizas objetivas e razoáveis fixadas.

Nada obstante, merece crítica a posição adotada pelos Tribunais, inclusive pelo STF, em que são postulados e deferidos tratamentos de alto custo, sem eficácia científica comprovada. Cite-se, como exemplo, o direito a viagem ao exterior para tratamento de **retinose pigmentar**. Nesse caso, o Supremo entendeu existir o direito fundamental mesmo diante da ausência de comprovação científica do sucesso da terapia.(13)

Casos como esse demonstram que a judicialização precisa ser pensada de modo mais específico e coletivamente, mediante um diálogo mais intenso entre todos os atores envolvidos no tema.

### 3 A atuação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ

O Supremo Tribunal Federal, em 2009, designou audiência pública (nº 4) para tratar da judicialização da saúde. Foram ouvidos 50 especialistas, que apresentaram informações que subsidiaram a posição da Corte na análise do tema, tal como se observa no conteúdo da decisão proferida na Suspensão de Tutela Antecipada 175, AgR/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes.

A enorme quantidade de processos judiciais tratando de questões de saúde também levou o Conselho Nacional de Justiça a criar um Grupo de Trabalho para estudo e proposta de medidas concretas e normativas para as demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde (Portaria 650/2009).

Em resultado à criação do aludido Grupo de Trabalho foi aprovada a

Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, pelo Plenário do CNJ, a qual passou a estabelecer diretrizes aos juízes em relação às demandas que envolvem a assistência à saúde.

Essa recomendação foi elaborada com a observância dos seguintes fatores: (1) elevado número de processos judiciais sobre o tema da saúde; (2) alto impacto orçamentário para cumprimento das decisões; (3) relevância da matéria diante da finalidade de assegurar vida digna aos cidadãos; (4) carência de informações clínicas prestadas aos juízes do Brasil sobre os problemas de saúde; (5) necessidade de prévia análise e registro da Anvisa para a comercialização de medicamentos no Brasil, nos termos do art. 12 da Lei 6.360/76 c/c a Lei 9.782/99; (6) reivindicações dos gestores para que sejam ouvidos antes da prolação de decisões judiciais; (7) importância de assegurar a sustentabilidade e o gerenciamento do SUS.

As providências foram assim estabelecidas:

“I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:

a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais;

b) orientem, por meio das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que:

b.1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;

b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;

b.3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;

b.4) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (Conep), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento;

b.5) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas;

c) incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça;

d) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, a dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – Unacon ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – Cacon;

II. Recomendar à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – Enamat e às Escolas de Magistratura Federais e Estaduais que:

a) incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados;

b) promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do ministério público e gestores, no

sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria;”(14)

Posteriormente, o CNJ publicou a Resolução nº 107, de 6 de abril de 2010, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde – Fórum da Saúde, ao qual foram destinadas as seguintes atribuições:

“I – o monitoramento das ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares;

II – o monitoramento das ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde;

III – a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciais especializadas;

IV – a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário;

V – o estudo e a proposição de outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional.”(15)

A Resolução 107 também determinou a criação dos Comitês Executivos para coordenar e executar as ações de natureza específica consideradas relevantes (art. 3º).

Atualmente, a composição do Comitê Executivo Nacional do Fórum da Saúde está descrita na Portaria 187 da Presidência do CNJ (17.10.2013). O comitê é integrado por um juiz auxiliar da Presidência, por juízes com atuação na área, por especialistas e por representantes do Ministério da Saúde, da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, do Conasems – Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde e do Conass – Conselho Nacional de Secretários de Saúde.

Além do Comitê Executivo Nacional, o Fórum da Saúde também é constituído por Comitês Estaduais e pelo Comitê Distrital (DF).

Recomendou-se que a composição dos Comitês Estaduais contemplasse representantes do sistema de justiça e do sistema de saúde.

O sistema de justiça é representado por (i) juízes federais e (ii) juízes de direito, (iii) membros do Ministério Público (federal e estadual), (iv) membros das Procuradorias (estaduais e municipais), (v) da Defensoria Pública (federal e estadual) e (vi) da OAB.

O sistema de saúde deve ser composto por: (i) gestores das secretarias municipais e estaduais de saúde; (ii) médicos; (iii) farmacêuticos; (iv) gestores da medicina suplementar. O importante é que haja o diálogo entre estes atores, com a finalidade de esclarecer o funcionamento da saúde e do SUS. Muitas vezes os juízes não sabem a sistemática de compra de medicamentos, de funcionamento de hospitais, de contratação de servidores, e esse contato com os gestores auxilia para a concretização da decisão judicial e a efetivação do direito fundamental à saúde.

Essas composições ecléticas dos comitês auxiliam, portanto, a materializar a teoria dos diálogos institucionais – constitucionais –, que preconiza a contínua e permanente conversa entre diversos atores envolvidos e preocupados com o conflito de interesses.

O diálogo existe, ainda, para permitir a independência e a harmonia entre os Poderes da União, nos termos preconizados pelo artigo 2º da Constituição.

#### **4 Iniciativas criadas por orientação do Fórum da Saúde do CNJ**

A atuação do Fórum da Saúde do CNJ tem por finalidade a redução da judicialização, sem limitar o exercício da cidadania. Busca-se evitar a discussão judicial e, quando inevitável, que os agentes envolvidos consigam resolver a lide da forma menos agressiva e menos onerosa possível.

Para dar concretude a essa finalidade, foi recomendada a adoção de algumas iniciativas, abaixo mencionadas.

#### **4.1 Núcleo de Apoio Técnico – NAT ou Câmaras Técnicas**

O CNJ fomentou a criação de órgãos compostos por profissionais das áreas médica, farmacêutica e de assistência social e por membros das Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, que têm por finalidade auxiliar os magistrados na deliberação sobre processos envolvendo temas de saúde.

Nesses casos, após a distribuição da ação, o juiz pode encaminhar cópia da petição inicial e dos documentos ao NAT ou à Câmara Técnica, que se manifesta sobre a matéria. Examina, por exemplo, se o medicamento postulado está registrado na Anvisa; se é eficaz e eficiente ao tratamento da doença; se existe outro medicamento com menor preço, com o mesmo princípio ativo, ou já fornecido administrativamente pelo SUS.

O NAT ou a Câmara Técnica apresenta, assim, informações iniciais básicas que auxiliam o juiz na análise do pedido de liminar.

Além disso, a atividade do órgão auxilia (i) no cumprimento de decisões judiciais, diante das dificuldades e dos obstáculos muitas vezes criados pelos demandados; (ii) na facilitação da defesa dos entes públicos; (iii) na simplificação do atendimento de demandas na defensoria pública; (iv) na facilitação da celebração de acordos; (v) contribuindo para produção de provas, com participação em audiências e emissão de pareceres.

#### **4.2 Elaboração de enunciados**

Outra iniciativa de destaque é a elaboração de enunciados que contemplem resumos de medidas de sucesso e sugestões para os diversos atores do sistema judicial e do sistema de saúde.(16)

#### **4.3 Elaboração de cartilhas**

Alguns Comitês Estaduais do Fórum da Saúde também passaram a editar cartilhas, aglutinadoras de pensamentos sobre o tema da saúde. Citam-se dois exemplos.

O Comitê do Rio Grande do Norte elaborou uma cartilha sobre oncologia no SUS, reunindo informações sobre (i) a estrutura da política de dispensação de medicamentos oncológicos no SUS; (ii) eventos ou agravos que estão cobertos pela Política Nacional de Atenção Oncológica – PNAO; (iii) como está estruturada e organizada a rede de atenção oncológica; (iv) processo de credenciamento dos hospitais e clínicas conveniadas; (v) procedimentos para formalização dos protocolos e diretrizes terapêuticas no SUS; (vi) formas e procedimentos de pagamento pelos serviços prestados aos beneficiários do SUS na área oncológica; (vii) a oncologia e a nova Lei 12.732/2012; (viii) dispensação centralizada de medicamento na área da oncologia; (ix) termos técnicos utilizados na oncologia.(17)

O Comitê do RS também editou cartilha, em que se apresenta, *v.g.*, termo de acordo celebrado entre todos os atores envolvidos com a saúde da aludida unidade da federação para um planejamento e uma gestão sistêmicos.(18)

#### **4.4 Especialização de varas de saúde pública**

Outra providência emanada do plenário do Conselho Nacional de Justiça foi a decisão, proferida por unanimidade na Sessão de 06.08.2013, para recomendar aos Tribunais brasileiros a especialização de varas da fazenda pública para processar e julgar ações cujo objeto seja o direito à saúde.(19)

Na mesma decisão, o CNJ também recomendou aos Tribunais a priorização de julgamento dos processos relacionados à saúde suplementar (atinentes aos planos de saúde).

Ainda, na mesma assentada, recomendou-se sugerir à Enfam – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento e ao Centro de Formação e Aperfeiçoamento de



Servidores do Poder Judiciário – Ceajud do CNJ a proposta de inclusão do direito sanitário como disciplina obrigatória em concursos públicos de ingresso na magistratura e nos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento, nos moldes da Recomendação CNJ nº 31/2010.

### Considerações finais

Os argumentos acima articulados demonstram que a execução de políticas públicas de saúde transcendeu os limites de atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo, assumindo posição de destaque na perspectiva do Estado-Juiz.

Diante desse quadro, é preciso ampliar e fortalecer o diálogo entre os agentes públicos responsáveis pela concretização do direito fundamental à saúde. A atuação isolada do sistema de justiça (operadores do Direito) e do sistema de saúde (gestores) não contribui para a evolução e o progresso desejado pela sociedade.

A criação da melhor decisão judicial sobre um tratamento de saúde passa pela análise de fatores técnicos geralmente externos à teoria jurídica, razão pela qual as noções médica e farmacológica precisam ser incorporadas ao exercício da função jurisdicional.

Este é o modelo adequado à construção do Estado desejado, que observe os objetivos da República Federativa do Brasil e que contemple uma sociedade livre, justa, solidária.

### Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, abr./jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, abr./jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2010.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23 dez. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, Relator Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29.04.2004, DJ 04.05.2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CASSESE, Sabino. **La crisis del Estado**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.

CLÉVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 54, 2006.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Traduzido por José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Traduzido por Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Processo**, n. 175, 2009.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

VECCHIO, Giorgio Del. **Evolução e involução no sistema jurídico**. Belo Horizonte: Líder, 2005.

## Notas

1. "ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)." (ADPF 45 MC/DF, Relator: Min. Celso de Mello, 29 de abril de 2004. Informativo 245, STF)

2. CLÉVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 54, 2006.

3. AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

4. GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 111.

5. Há vários trabalhos jurídicos que abordam a crise do Estado: CASSESE, Sabino. **La crisis del Estado**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003; JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Traduzido por José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto

Alegre: Livraria do Advogado, 2009; MORAES, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

6. MARCELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 219.

7. SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Processo**, n. 175, 2009. p. 30.

8. GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

9. DEL VECCHIO, Giorgio. **Evolução e involução no sistema jurídico**. Belo Horizonte: Líder, 2005. p. 09.

10. "PACIENTE PORTADORA DE 'ANEURISMA GIGANTE DE ARTÉRIA CARÓTIDA INTERNA ESQUERDA' – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEIOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO E À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, *CAPUT*, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO." (STF, ARE 743896 AgR/RJ. Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, j. 14.05.2013, DJe 24.06.2013)

11. Relação Nacional de Medicamentos Essenciais.

12. Na doutrina: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 276 e seguintes; NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 49; ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 265. Na posição do Supremo Tribunal Federal: HC 93250/MS, Segunda Turma, Relatora Min. ELLEN GRACIE, j. 10.06.2008, DJe-117 26.06.2008; RE 455283 AgR/RR, Segunda Turma, Relator Min. EROS GRAU, j. 28.03.2006, DJ 05.05.2006, p. 39; e ADI 2566 MC/DF, Tribunal Pleno, Relator Min. SYDNEY SANCHES, j. 22.05.2002, DJ 27.02.2004, p. 20.

13. STF, RE 368564/DF, Relator p/ Acórdão Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, j. 13.04.2011. A decisão foi proferida a despeito do laudo do Conselho Brasileiro de Oftalmologia (CBO), que informava não haver tratamento específico para a doença dentro ou fora do Brasil.

14. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/saude-e-meio-ambiente/forum-da-saude>>.

15. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/saude-e-meio-ambiente/forum-da-saude>>.

16. Por exemplo, o Comitê Executivo do Paraná editou os seguintes enunciados: Enunciado nº 1 – "As ações que versem sobre pedidos para que o Poder Público promova a dispensação de medicamentos ou tratamentos, baseadas no direito constitucional à saúde, devem ser instruídas com prescrição de médico em exercício no Sistema Único de Saúde, ressalvadas as hipóteses excepcionais, devidamente justificadas, sob risco de indeferimento de liminar ou antecipação da tutela".

Enunciado nº 2 – "Os pedidos ajuizados para que o Poder Público forneça ou custeie medicamentos ou tratamentos de saúde devem ser objeto de prévio requerimento à administração, a quem incumbe responder fundamentadamente e em prazo razoável. Ausente o pedido administrativo, cabe ao Poder Judiciário ouvir o gestor público antes de apreciar pedidos de liminar, se o caso concreto o permitir".

Enunciado nº 3 – "A determinação judicial de fornecimento de medicamentos

deve observar a existência de registro na Anvisa” (Ref. Legislativa: artigo 19-T, inciso II, da Lei nº 8.080/90, com redação dada pela Lei nº 12.401/11).

Enunciado nº 4 – “Ao impor a obrigação de prestação de saúde, o Poder Judiciário deve levar em consideração as competências das instâncias gestoras do SUS”.

17. A cartilha também pode ser encontrada no endereço eletrônico: <[www.tjrn.jus.br/flip/cartilha-sus](http://www.tjrn.jus.br/flip/cartilha-sus)>.

18. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/areas/medicamentos/arquivos/cartilhapdf/cartilhamaio.pdf>>.

19. Pedido de providências 0002150-61.2012.2.00.0000.

**Referência bibliográfica** (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):

SCHULZE, Clenio Jair. A judicialização da saúde e o Conselho Nacional de Justiça. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 58, fev. 2014. Disponível em:

<[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Clenio\\_Schulze.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Clenio_Schulze.html)>

Acesso em: 11 mar. 2014.

REVISTA DE DOUTRINA DA 4ª REGIÃO  
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO - EMAGIS